

PAULA YORRANNA ROCHA SANTOS

**CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL
o relacionamento entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária no
Processo Penal Acusatório**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília

Orientador: Prof. Georges Carlos F. M.
Seigneur

BRASÍLIA
2009

A Jesus Cristo, fonte de toda a sabedoria e conhecimento; a meus pais, dos quais herdei o gosto pela palavra escrita e à minha irmã por sua alegria incentivadora. Dedico, também, ao Prof. Georges Carlos Seigneur, quem com paciência me instruiu no entendimento e ofertou-se para o êxito deste trabalho.

RESUMO

O art.129, inciso VII, da Constituição Federal conferiu ao Ministério Público a função de exercer a fiscalização sobre as atividades da polícia em sua missão de apurar as infrações penais, para que o procedimento investigatório seja revestido de elementos aptos a sustentar o próprio processo penal, bem como, visa assegurar a legalidade da atuação policial. Como titular exclusivo da Ação Penal Pública, tem o Ministério Público legítimo interesse de que os procedimentos inquisitoriais, revistam-se de elementos fortes de convencimento, visto que terá de demonstrar em juízo a procedência dos argumentos articulados na exordial acusatória. Do mesmo texto constitucional, depreende-se que a natureza desta função institucional é mesmo um dever jurídico, e não simples atribuição, de aplicação facultativa. Isto implica em dizer que toda vez que os direitos e interesses da sociedade, difusos, coletivos e individuais indisponíveis, e do cidadão, principalmente, os direitos e garantias fundamentais, forem objeto de violação, supressão, ou ameaça plausível, por parte da máquina policial, tem o Ministério Público o dever de atuar. O controle externo da atividade policial pode ser conceituado como um sistema de vigilância e verificação administrativa, teleologicamente dirigido à melhor coleta de elementos de convicção que se destinam a formar a *opinio delictis* do Promotor de Justiça, fim último do próprio inquérito policial. Assim, cabe ao Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial e não dos policiais, já sujeitos ao controle interno, desenvolvido pelos órgãos hierarquicamente superiores da instituição.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Externo. Atividade Policial. Ministério Público. Poder Investigatório.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	5
1 MINISTÉRIO PÚBLICO-----	9
1.1 Posicionamento Constitucional -----	9
1.2 Atribuições do Ministério Público -----	13
<i>1.2.1 Preceitos Constitucionais</i> -----	13
2 SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL -----	20
2.1 Poder de Polícia e o Princípio da Legalidade -----	20
2.2 Polícia Judiciária e sua Função Investigativa -----	28
3 CONTROLE EXTERNO DAS ATIVIDADES DA POLÍCIA -----	33
3.1 Colaboração permanente e compartilhamento ocasional-----	34
3.2 Eficácia do controle externo -----	40
CONCLUSÃO -----	47
REFERÊNCIAS-----	49

INTRODUÇÃO

Por Estado deve-se compreender a ordem jurídica reinante fundada no bem comum, sendo este o conjugado de todas as condições de vida social que admitam e patrocinem o completo desenvolvimento da personalidade humana, em determinado espaço territorial¹.

Por intermédio da Carta Política, consistente na declaração de vontade da coletividade expressada de modo solene, por meio da lei, superior às demais, o Estado intenta garantir e promover a dignidade humana, estabelecendo os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais e do governo².

Desse modo, o complexo de normas constitucionais busca aguerrir o Estado com os instrumentos próprios ao bem comum da sociedade, uma vez que, sendo legítima e justa, propicia aos indivíduos uma vida digna e permite a democracia, vez que cada um dos atores então cuidará em respeitar os demais e será solidário com eles³.

O sistema preconizado pela Constituição Federal de 1988 pressupõe, para tanto, a existência do controle de uma instituição por outra, que não apenas se faz alicerce para o bom funcionamento do Poder Público, mas principalmente é pressuposto vital para a garantia dos direitos individuais fundamentais.

Vale destacar, o poder do Estado é uno e indivisível, assim como una e indivisível é a sua soberania. Todavia, o seu exercício pode ser repartido entre os órgãos do

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, p.118.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição e constituinte, p.21-22.

³ *Idem. ibidem*, p.87.

Estado, sem romper a unidade do poder, pois, não é divisível o poder, mas o seu exercício.

Esse exercício do poder poderá concentrar-se nas mãos de um só órgão ou restará dividido entre vários órgãos. A reunião concentrada, cujo modelo é a monarquia absolutista⁴, se mostra inconveniente, já que dá margem ao arbítrio, razão para limitá-lo, fazendo distribuir o seu exercício.

Tendo em vista os vícios perpetrados ao longo dos anos, aumentados com a prática ditatorial, constatou-se que os organismos policiais agiam ora em obediência às razões do Estado, e não em favor da sociedade⁵, ora agiam por conta própria, revelando nítida falta de controle, logo, voltada ao desvio e à impunidade, vez que, em não havendo quem exerça o controle, igualmente não há quem adote as providências para dar solução aos conflitos ou mesmo buscar a punição dos infratores.

Conforme Walter Paulo Sabella⁶, a polícia é “um dos segmentos mais importantes da Administração Pública, um organismo hipertrofiado, cuja absoluta independência na apuração de crimes equivale à negação do princípio segundo o qual o Ministério Público é o dono da ação penal”.

⁴ “[...] nas reformas legislativas tendentes à modernização processual, entendendo-se aqui por modernidade a mudança paradigmática do estado intervencionista e autoritário no sentido da formação de um processo condizente com os primados do estado democrático e de direito, houve uma profunda alteração na forma de condução da investigação criminal e no relacionamento Ministério Público e Polícia Judiciária” CHOUKR, Fauzi Hassan. *O relacionamento entre o Ministério Público e a polícia judiciária no processo penal acusatório*. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=24. Acesso em 7 out. 2009.

⁵ “o policial não é apenas um servidor a serviço do Estado, acima de tudo, está a serviço da população e deveria ser garantidor do bem estar de todos/as, não só em razão de um juramento profissional, de uma norma jurídica, mas por lidar com pessoas, cujos anos de lutas resultaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Constituição Federal, documentos que objetivam proteger as pessoas e seus direitos, entendendo-as como seres humanos detentores de dignidade. O policial está inserido nesse contexto e pode ser protagonista nessa proteção, agindo inclusive como multiplicador dos direitos humanos.” MELO de, Suana Guarani. *O Papel da Polícia*. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/artigos/o-papel-da-policia>. Acesso em 6 de out. 2009.

⁶ SABELLA, Walter Paulo. *Atividade Policial: Controle Externo pelo Ministério Público*, publicado na Revista Justitia do Ministério Público do Estado de São Paulo, vol. 154, 1991, p. 9/17.

Nesse contexto, ao Ministério Público foi atribuído, como dever institucional, o controle externo da atividade policial. Tal como está o órgão ministerial sujeito a controle, nas suas atividades-fim, pelo Poder Judiciário, a Carta Política de 1988 determinou-lhe o controle das atividades-fim da polícia, alcançando, bem assim, esta instituição, o sistema dos freios e contrapesos.

Luiz Fabião Guasque, membro do Ministério Público paulista, argumentou:

[...] também são garantias dos direitos individuais a separação dos poderes e a determinação precisa das atribuições de cada um deles e da competência de cada um de seus órgãos. É especialmente importante que eles exerçam mútuo contraste e vigilância de modo que nenhum possa exorbitar sem incorrer na censura e correção de outros. Os poderes são independentes enquanto agem dentro da lei. Se a infringem, subpõem-se à ação corretiva dos outros. [...] Por isso, a expressão ‘controle externo da atividade policial pelo Ministério Público’ não significa a ingerência que determine a subordinação da polícia judiciária ao *Parquet*. Mas sim a prática de atos administrativos pelo Ministério Público, de forma a possibilitar a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa assegurados na carta de 1988⁷.

A função constitucional conferida pela Carta de 1988 ao Ministério Público⁸, cerne desta pesquisa, ainda é terreno pouco explorado pelo próprio órgão, seja em razão da indefinição quanto ao seu modo de exercício ou mesmo porque as discussões a respeito dos temas mais dividem do que somam.

Indiscutível, as searas penal e processual penal vêm sofrendo mudanças necessárias para acompanhar as novas demandas sociais e refrear o avanço de condutas criminosas.

⁷ GUASQUE, Luiz Fabião. *O Ministério Público e o Controle da Atividade Policial*, publicado na Revista de Direito do Rio de Janeiro, n. 3, 1996, p. 132/134.

⁸ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, in *Projeto Memória*, ano I, n.º 1, Publicação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. “Felizmente, hoje, em nosso país, graças às incessantes lutas de toda uma classe para conscientizar os políticos da necessidade de identificação disciplinar, temos uma constituição que honra o Ministério Público com um tratamento minucioso, moderno e adequado à sua alta vocação”.

As normas constitucionais que expressam as funções dos órgãos e instituições estatais, por certo, estabelecem um sistema, cuja correta compreensão demanda esforço maior que uma simples apreensão gramatical.

As relações sociais, cada vez mais complexas, demandam tutela judicial adequada, o que exige manejo de técnicas arrojadas de interpretação das leis. Por isso mesmo é que se nota uma mudança no método que conduz à busca de um modelo hermenêutico capaz de conferir a dinâmica necessária ao texto normativo para solucionar os problemas que se apresentam na sociedade contemporânea⁹.

O objetivo desta pesquisa não é apontar a instituição mais adequada para apurar infrações criminais, se o policial ou o membro do Ministério Público. Tampouco se trata de aquiescer a esta ou àquela tese. Trata-se de analisar os elementos para a mais correta compreensão do arranjo constitucional que envolve a competência dos órgãos dotados de dignidade constitucional.

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Investigação criminal e Ministério Público*. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4 – n. 16, p. 157-189 – jul./set. 2005.

1 MINISTÉRIO PÚBLICO

1.1 Posicionamento Constitucional

Categoricamente, informa o artigo 127 da Constituição brasileira de 1988, que o Ministério Público “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Não para apoiar interesses individuais ou de governos¹⁰, o Ministério Público atua hoje com autonomia e independência funcional para resguardar interesses sociais e individuais indisponíveis. Em vista deste objetivo, a Constituição veio posicioná-lo em capítulo especial, fora da estrutura dos demais Poderes, para revelar sua sujeição apenas à Constituição e às leis.¹¹

Por outro lado, explica Bullos¹² que o Ministério Público é instituição vinculada ao Poder Executivo¹³, porém, “funcionalmente independente, cujos membros integram a categoria dos agentes políticos, e, como tal, hão de atuar com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias,

¹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, 5ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 62.

¹¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

¹² BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1146.

¹³ MARQUES, Frederico. pp. 291 e 292.

estabelecidas em sede constitucional e em leis especiais”¹⁴.

Mazzilli¹⁵, por outro lado, explica o Ministério Público como órgão do Estado e não do Poder Executivo ou mesmo do governo, todavia, “como não legisla nem presta jurisdição, sua natureza é tipicamente administrativa, embora a Constituição Federal lhe tenha concedido garantias efetivas de Poder”.

Na visão do Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, Edilson Mougenot, “não pretendem [...], os membros do *Parquet* a veleidade das pompas de se verem nominados de quarto poder”¹⁶. De outra forma, o Ministério Público procura os meios legais e a infra-estrutura razoável para uma atuação sempre eficaz contra a infração, que provoca sérios danos ao grupo social, além de ir contra os ataques ameaçadores à democracia.

Registre-se que a Carta Magna, “complexo normativo que disciplina a organização do Estado, a origem e o exercício do poder, a discriminação das competências estatais e a proclamação das liberdades públicas”¹⁷, em seu artigo 1º, *caput* – conforme Fernando Capez¹⁸ – esclarece a feição político-constitucional do Estado brasileiro como um Regime Democrático, caracterizado pela garantia de submissão geral ao império da lei, bem como pela orientação social das normas regentes.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 34 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 72.

¹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*

¹⁶ ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; DA SILVA, José Antonio Franco. *Funções Institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹⁷ BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, parte geral*. v. 1., 11ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

Vieira¹⁹ vai descrever, justamente, a presença da instituição Ministério Público no aparelhamento estatal como imprescindível à manutenção do Regime Democrático e do Estado de Direito, cujas funções, estão direcionadas à realização da justiça, “considerando o fato de que a materialização da atividade funcional deste órgão se opera por meio da função jurisdicional do Estado”.

O princípio básico dessa forma de Estado é a eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes²⁰, desaguando na ideia de democracia, naturalmente associada à prevalência da vontade da maioria, hoje demonstrada com sentido mais amplo, pois encampa os meios que procuram garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

Obviamente, ao Ministério Público não cumpre dizer o direito, contudo não está dissociado desta função estatal, uma vez que “ausente este órgão, a Justiça não se faz de modo completo”²¹.

Seguindo este mesmo fluir, Ruy Rosado²², ao tratar, com antecipação, da performance da Instituição, expõe:

Na atividade dos juízes é que não se há de inserir, portanto, a do Ministério Público, porque sempre lhe faltará o exercício da função jurisdicional, motivo impediante de sua integração no órgão e, logo, do possível desempenho de função judiciária.

Deste modo, infere-se que com participação ativa na vida dinâmica do

¹⁹ VIEIRA, Felipe. *Comentários à Constituição*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2007.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estado de Direito*, Gradiva, 1999.

²¹ CRETELLA JUNIOR, José, *Comentários à Constituição de 1988*, São Paulo: Forense, 2008.

Estado, vem zelar o Ministério Público pela observância da Constituição e das demais leis, para preservar a integridade da ordem jurídica, que é o interesse maior da sociedade.

Estas as razões porque o Ministério Público qualificou-se como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, sendo, pois, o guardião das “liberdades públicas constitucionais, dos direitos indisponíveis e do contraditório penal”²³, cujas funções estão explicitadas, como sabido, no artigo 129 da Constituição da República.

Defender a ordem jurídica não se encerra com a simples guarda da legalidade das leis. Alcança, por certo, todos os atos produzidos nas diferentes relações jurídicas levadas à apreciação do Poder Judiciário, para salvaguardar a Constituição e a construção normativa a que esta dá sustentabilidade²⁴.

Ressalte-se, a proximidade entre democracia e Ministério Público:

a manutenção da ordem democrática e o cumprimento das leis são condições indispensáveis à existência de respeito e ao estabelecimento da paz e da liberdade entre as pessoas. Há, pois, uma íntima relação, delimitada em lei, entre o equilíbrio da vida social e o fiel exercício das funções próprias do Ministério Público. O reconhecimento do papel da Instituição em defesa do regime democrático dentro da Constituição já estava previsto, entre outras, na Constituição portuguesa de 1976, que atribui ao Ministério Público a defesa da ‘legalidade democrática’ (art. 224.1), e na Constituição brasileira de 1988, que elevou o Ministério Público à posição de instituição destinada à ‘defesa do regime democrático’ (art. 127).²⁵

²² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Ministério Público: posição constitucional: conceito. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 436, 1972, p. 294-301.

²³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, 5ª revista, ampliada e atualizada ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 62.

²⁴ PAES, José Eduardo Sabo, *O Ministério Público na Construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 278.

²⁵ Parecer de Eurico de Andrade Azevedo in MAZZILLI, Hugo Nigro, *Manual do Promotor de Justiça*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 45.

1.2 Atribuições do Ministério Público

1.2.1 Preceitos Constitucionais

Ao Ministério Público, portanto, foi conferida posição destacada na organização do Estado, cujas funções institucionais estão definidas no artigo 129, da Constituição Federal, com vistas a alcançar a tarefa igualmente por ela imposta.

Nos termos do referido artigo, compõem o grupo de funções institucionais do Ministério Público, dentre outras:

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A enumeração das competências, contudo, não é terminativa, podendo o legislador outorgar outras, desde que compatíveis com a missão constitucional do órgão ministerial.²⁶

É de ver-se, o ordenamento jurídico pátrio incorporou a doutrina dos poderes implícitos, segundo a qual para o cumprimento do objetivo constitucional determinado, o órgão deve dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não haja expressa limitação estrutural na própria Carta Política²⁷.

²⁶ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2008. Impetus: Rio de Janeiro.

²⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª ed. Atlas: São Paulo. 2008.

Neste sentido, o professor Damásio de Jesus²⁸, *in verbis*:

Ademais, há que se priorizar uma interpretação teleológica e sistemática da Constituição Federal, não a simples gramatical ou literal. O que mais interessa à segurança pública, dever do Estado e direito dos cidadãos (art. 144, caput, da CF)?

Importante dizer, neste momento, a infração nada mais é que a transgressão de um bem juridicamente tutelado, provocadora do transtorno às condições de vida social, permitindo ao Estado reagir contra essa violação, a fim de restabelecer a paz. Daí decorre o direito de punir, ou seja, a possibilidade de o Estado aplicar uma sanção prevista no regramento penal contra o agente da ação ou omissão causadora do dano ou lesão injusta²⁹.

Em razão da garantia do devido processo legal, ancorada no texto da Lei Maior (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”)³⁰, o *jus puniendi* somente pode ser exercido por intermédio do prévio processo judicial, que se desenvolve na forma da lei.

No processo penal, a lide terá como protagonistas de um lado o poder-dever do Estado para defender a dignidade de todos³¹ e, de outro, o direito do indivíduo infrator da norma penal em resguardar também a sua dignidade humana, compreendendo aqui, principalmente, o seu direito de liberdade.

²⁸ JESUS, Damásio E. de. Poderes investigatórios do Ministério Público . Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1662, 19 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10865>>. Acesso em: 16 abr. 2009.

²⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, 2 ed., Campinas: Millennium, 2000.

³⁰ Art. 5º, LIV, CF/88.

³¹ Art. 1º, III, CF/88.

A adoção do sistema acusatório³², ao argumento constante do item V, da Exposição de Motivos do Decreto-lei nº 3.689/41, segundo o qual o projeto atende ao princípio *ne procedat judex ex officio*, que reclama a completa separação entre juiz e o órgão da acusação.

A leitura dos dispositivos constitucionais que consagram o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa como garantias fundamentais não gera dúvidas³³ quanto à escolha pelo sistema acusatório, já que tais princípios e os que deles decorrem se revelam incompatíveis com o sistema inquisitivo³⁴.

O sistema acusatório, segundo Julio Maier³⁵, está firmado na exigência de atuação de um tribunal para solucionar a demanda, condicionado à pronúncia de um acusador e ao conteúdo desta anúncia e, por outra parte, à resistência do acusado frente à denúncia.

Em adição, Gilson Bonato³⁶, fazendo referência a Julio Maier, explica que a divisão dos poderes exercidos no processo se faz atributo do sistema acusatório, colocando de um lado o acusador, que exerce a capacidade de requerer, de outro, o acusado, com poder para resistir à acusação e, acima está o tribunal, com poder de decidir.

³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 21 ed., 1999, p. 94.

³³ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, 2.ed. Rio de Janeiro, 2003, p. 152.

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.83. “Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação de tal subordinação, que se transfigura e se transmuta em objeto do processo e não em sujeito de direito”.

³⁵ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Tomo I, v. b. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 207.

³⁶ BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 89.

Mais uma vez, José Frederico Marques³⁷:

A função de acusar não se confunde com a função de julgar, e muito menos com a de defender. O Estado poderia ter modelado de outra forma os órgãos de sua atividade punitiva, uma vez que esta se exerce em função do interesse geral e tem o caráter de ato administrativo. Mas, para resguardar o direito de liberdade do autor do crime e porque o caráter retributivo da pena o obriga a um julgamento sobre a pessoa do acusado, deu o Estado o caráter processual à persecução penal de maneira que a pena somente pode ser aplicada depois da sentença condenatória. Daí o procedimento acusatório, com autor, réu e juiz, em que um magistrado imparcial, encarnando a atividade jurisdicional, aplica as normas do direito objetivo, dando a cada um o que é seu.

Como titular do direito de ação naqueles processos em que a pretensão que se deduz em juízo está relacionada aos crimes de ação pública, deverá o órgão estatal provocar a atividade jurisdicional para que aprecie e delibere sobre a pretensão punitiva deduzida na acusação, objeto da denúncia³⁸, onde o sujeito passivo é o autor do fato delituoso apontado no procedimento investigatório.

Assevera, nesse sentido, Fernando Capez³⁹:

Impossível é negar ao Ministério Público a natureza de parte no processo penal, eis que exerce atividade postulatória, probatória e qualquer outra destinada a fazer valer a pretensão estatal em juízo. Todavia, há que se reconhecer que o mesmo não é uma parte qualquer, porquanto age animado não por interesses privados, mas por interesses públicos, coincidentes com os escopos da atividade jurisdicional (atuação do direito material, pacificação social e asseguramento da autoridade do ordenamento jurídico). Por isso se diz, com propriedade, que o Ministério Público exerce acusação pública, não mera acusação de parte. Daí algumas peculiaridades que lhe são inerentes, como a possibilidade de impetrar habeas corpus, recorrer em favor do réu, encontrarem-se os seus membros sujeitos à disciplina das suspeições e impedimentos dos juízes e intérpretes etc.

Quanto ao controle externo, mencionado no inciso VI, do artigo 129, da

³⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed. atual, vol. II, São Paulo: Millennium, p. 40.

³⁸ *Idem. Ibidem.* p. 39.

Carta Maior, este se apresenta como resultado da “tendência de se impor um sistema de freios e contrapesos sobre todos os órgãos públicos”⁴⁰. Não seria diferente no que se diz respeito ao Ministério Público e à Polícia Judiciária.

Segundo expõe Hely Lopes Meirelles⁴¹, “na doutrina brasileira, o controle externo é aquele que se realiza por órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado.

Diaulas Ribeiro⁴² vai dizer que o *controle* expressa duas “realidades jurídicas distintas”: a primeira, de origem francesa, encerra a fiscalização formal, de caráter sancionatório; a outra, de origem anglo-saxônica, significa o comando, o domínio, a direção e o governo. Conforme o autor, o ordenamento jurídico brasileiro adotou ambas as concepções.

Em síntese, o controle externo da atividade policial é “sistema de vigilância e verificação administrativa, teleologicamente dirigido à melhor coleta de elementos de convicção que se destinam a formar a *opinio delictis* do Promotor de Justiça, fim último do próprio inquérito policial”⁴³.

Esse controle tem grande importância, uma vez que, é por meio dele que o Ministério Público vai cuidar pela legalidade das investigações criminais, pelos direitos

³⁹ CAPEZ, Fernando, *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 148-149.

⁴⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público*. 3ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 97-98

⁴¹ *Direito Administrativo Brasileiro*. 30ª ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴² *Ministério Público: Dimensão Constitucional e Repercussão no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 184.

⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

humanos, pela eficiência, probidade e impessoalidade das atividades policiais⁴⁴.

O referido controle deve ser feito na forma de Lei Complementar, mencionada no artigo 129, da Constituição Federal. É ela o Estatuto do Ministério Público da União, Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

1.2.2 Dispositivos Infraconstitucionais

A lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), institui normas gerais para a organização do Ministério Público nos Estados, prevendo, ainda, que por lei complementar serão estabelecidos, no âmbito de cada uma das unidades federativas, preceitos específicos de organização, atribuições e o estatuto do respectivo Ministério Público⁴⁵.

Este mesmo regulamento determinou, em suas disposições finais, a aplicação subsidiária da Lei Orgânica do Ministério Público da União aos Ministérios Públicos dos Estados⁴⁶.

Vale dizer, o Poder Legislativo nos Estados limitou-se a uma leitura simplificada da Constituição Federal de 1988, para, na maioria dos casos, transcrever o que dispôs acerca do controle externo, sem qualquer inovação que significasse aprimoramento

⁴⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Idem. Ibidem.*

⁴⁵ Art. 2º, da Lei complementar, denominada Lei Orgânica do Ministério Público, cuja iniciativa é facultada aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados, estabelecerá, no âmbito de cada uma dessas unidades federativas, normas específicas de organização, atribuições e estatuto do respectivo Ministério Público.

⁴⁶ Art. 80. “Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União”.

institucional do controle externo⁴⁷.

Especificamente, quanto ao controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, tratou de desenhar as premissas básicas.

O referido artigo vai reproduzir, na alínea “a”, a importância dos princípios fundamentais, assegurados no Título I da Constituição Federal de 1988, e em seguida, na alínea “b”, da segurança pública, também previsto no artigo 144, da Carta Magna.

Não obstante, reafirmar a indisponibilidade da persecução penal (alínea “c”), reitera o respeito às atribuições conferidas aos órgãos policiais, na última alínea.

O capítulo que versa, exatamente, sobre o controle das atividades policiais, arts. 9º e 10, do Estatuto Ministerial, delimita quais sejam os instrumentos judiciais e extrajudiciais necessários para este fim.

Estes dispositivos vieram permitir uma fiscalização da legalidade dos atos, bem como, possibilitar um controle limitado da formalidade do inquérito⁴⁸, enquanto peça destinada a formar a *opinio delictis*

⁴⁷ RIBEIRO, Diaulas Costa. Ministério Público, Dimensão Constitucional e Repercussão no Processo Penal. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 203.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júri, 2003.

2 SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL

2.1 Poder de Polícia e o Princípio da Legalidade

O poder, segundo Norberto Bobbio, em sentido amplo, é a “capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos”, ou mais especificamente, é a capacidade que um homem tem de determinar o comportamento de outro.⁴⁹

Na concepção utilitarista de Thomas Hobbes, “o poder de um homem consiste nos meios de que presentemente dispõe para obter qualquer visível bem futuro”, revela, ainda, que não intenta a mera subordinação – ou determinação – de comportamentos, mas a satisfação de interesses.⁵⁰

Max Weber refere-se ao Estado – outro importante conceito para o bom fluir da presente pesquisa – como “[...] uma associação de dominação institucional, que dentro de determinado território pretendeu com êxito monopolizar a coação física legítima como meio da denominação e reuniu para este fim, nas mãos de seus dirigentes, os meios materiais de organização.” Isto porque a constituição da dimensão social da existência humana só se torna possível com a instituição de um ente que, retirando das mãos do particular o poder de defender privativamente seus interesses, monopoliza legitimamente o

⁴⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. *Dicionário de política*. 5. ed Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

⁵⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

uso da coerção física, expressão última do poder.⁵¹

Proteção e realização dos interesses de um corpo social se apercebem como fim e razão de existir do Estado, que detém a função de instituir leis e zelar por sua concretização por intermédio de deveres-poderes, de prerrogativas.

O Estado de Direito importa na exigência de se consagrar a supremacia constitucional, de se afirmar os valores fundamentais relativos à pessoa humana, bem como de se exigir a organização e o funcionamento do próprio Estado.

Oreste Ranelletti designa o Estado de Direito como "aquele que disciplina, com regras jurídicas, na maior medida possível, sua própria organização e atividade nas relações com os cidadãos e assegura, também através do Direito, a atuação em relação a si próprio, mediante institutos jurídicos adequados"⁵².

Neste ponto, necessário ater-se à ideia de que o poder deve ser exercido de forma separada e complementar. Contudo, a tendência ao abuso do poder acaba por transformar Estado de Direito em dogma político, afastado dos preceitos democráticos.

A teoria desenvolvida por Montesquieu previu que o poder deveria ser controlado pelo próprio poder, isto é, implica a atuação interligada dos atores envolvidos, com nítida divisão das competências de cada um, além da interdependência garantidora de uma gestão compartilhada e homogênea, funcionando assim como pressuposto de validade ao

⁵¹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, 4. ed, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

⁵² RANELLETI, Oreste. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Milão: Giuffrè, 1ªed, 1948.

Estado Democrático.

É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer. Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer.

Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder. [...] Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite.⁵³

James Madison em sua obra "O Federalista", ao comentar a Constituição norte-americana: "A acumulação de todos os poderes legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, autoneameadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constitui a própria tirania".⁵⁴

A teoria da Separação dos Poderes acabou por transformar-se em dogma na Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão⁵⁵, de 1789, de onde decorre o nosso artigo 2º da Constituição Federal de 1988, que assim determina: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

O mérito da doutrina, especialmente de Montesquieu, no seu *Espírito das Leis*, não foi de propor certas atividades para o Estado, pois estas já eram identificáveis. O valor de sua doutrina está na proposta de um sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do poder. É o sistema de independência entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades, é a fórmula dos freios e

⁵³ MONTESQUIEU, Charles Louis De Secondant. *Do Espírito das Leis*, São Paulo: Abril Cultural, 1979.

⁵⁴ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas 1787-1788*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.

⁵⁵ Artigo XVI: Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.

contrapesos a que alude a doutrina americana.⁵⁶

As Constituições brasileiras, ressalte-se, desde sua origem na Carta Imperial de 1824, erguem a lei como a medida necessária de deveres, direitos e obrigações, assim nas relações privadas como no plano de atuação pública⁵⁷.

Acrescenta Caio Tácito, não obstante, o ordenamento jurídico adotar como finalidade primordial pôr fim ao poder absoluto do Estado, provou-se incompatível o exercício irrestrito de direitos e liberdades individuais⁵⁸.

Com efeito, a separação dos poderes é debatida como forma de impedir a concentração do *imperium* nas mãos de um só⁵⁹. Sua instituição é a passagem do Estado Absolutista para um Estado Liberal, caracterizado pelo Estado Democrático de Direito, cuja natureza, contudo, não é rígida, abrindo espaço para interferências recíprocas em que cada Poder, além de exercer suas competências, também exerce influência sobre os demais⁶⁰.

Um Direito Penal, sob a ótica garantista deve, necessariamente, sopesar os critérios de legalidade formal e material, indispensáveis à sua aplicação.

Nesse sentido, Rogério Greco faz alusão ao modelo penal garantista de

⁵⁶ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵⁷ TÁCITO, Caio. Revista Direito, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, jul./dez., 2001.

⁵⁸ *Idem. Ibidem.*

⁵⁹ MONTESQUIEU, Barão de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007, pp. 37-39. “O autor coloca força num poder intermediário, de contenção, ou “repositório de leis”, como um poder mediador entre a vontade do governante e o povo. Tal fenômeno inclusive é o que impede a evolução de um poder centralizado (monarquia) para um sistema despótico. Além disso, sugere a existência de primazias ou princípios aos sistemas republicanos e monárquicos, a *virtude* e a *honra*, sem os quais se descaracterizam os sistemas. São esses elementos, portanto, também freios primários do poder constituído.”

⁶⁰ PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da Organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50.

Ferrajoli, para quem o “garantismo, entendido no sentido do Estado Constitucional de Direito, isto é, aquele conjunto de vínculos e regras racionais impostos a todos os poderes na tutela dos direitos de todos, representa o único remédio para os poderes selvagens”⁶¹. Ademais, faz distinção das garantias em duas categorias: as primárias são as limitações e vinculações normativas, tais como, proibições e obrigações, impostas ao exercício de qualquer poder; as secundárias são as diferentes formas de reparação – subsequentes às violações primárias –, como a anulabilidade dos atos inválidos e a responsabilização pelos atos ilícitos.

Por legalidade formal, ensina GRECO, entende-se a observância estrita aos trâmites de procedimento estabelecidos pela norma constitucional para a existência legítima de certo diploma legal no ordenamento jurídico.

No entanto, mais do que a aceitação de norma que atenda tão-somente formalidades procedimentais, deve haver respeito às vedações e imposições instaladas no texto constitucional para asseguramento dos direitos fundamentais⁶².

Acrescenta Ferrajoli:

O sistema das normas sobre a produção de normas – habitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos, com fundamento constitucional – não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis. Inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos.

Hely Lopes Meirelles esclarece que o poder discricionário é aquele que “o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos

⁶¹ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 9.

administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”⁶³.

W. R. Lafave, por sua vez, define o poder discricionário da polícia como “qualquer tomada de decisão que não está estritamente regida por regras legais, com predominância em seu conteúdo dos elementos de juízo pessoal”⁶⁴.

A partir destas definições é possível identificar elementos essenciais ao exercício do poder discricionário, quais sejam:

- a) há na norma legal margem para a livre tomada de decisão pelo agente;
- b) há uma tomada de decisão que se processa, embora balizada por parâmetros legais, segundo juízo de valor do agente;
- c) embora relativamente livre, a tomada de decisão deverá estar em conformidade com a finalidade legal que norteia todo o ato.

É evidente, da identificação dos elementos do poder discricionário, que o seu exercício pelo agente policial tem limites claramente definidos e é na identificação desses limites, na prática, que reside a essência do controle que a sociedade e as autoridades governamentais devem exercer para evitar os abusos.

Posto isto, e com vistas a desenvolver análise sobre o eficaz controle dos atos policiais, conveniente é lançar olhar sobre a expressão poder de polícia.

O Código Tributário Nacional explicita, em seu artigo 78:

⁶² *Idem. Ibidem.* p. 108

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 1992, p. 102.

⁶⁴ *Arrest. The Decision to Take a Suspect into Custody*. Boston: Little, Brown, 1965, p. 63.

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Em sentido amplo, a expressão “poder de polícia” designa a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade, entendidas aqui no sentido de direitos, ajuntando-as aos anseios da coletividade. Por outro lado, em sentido mais restrito, refere-se às intervenções do Poder Executivo que visam prevenir e eliminar atividades dos particulares conflitantes com os interesses sociais⁶⁵.

Explica, Celso Antônio de Mello, na Itália, de modo geral, as definições de poder de polícia deixam transparecer sua finalidade preventiva, ou seja, destina-se a impedir a ocorrência de danos à sociedade, como proposta de harmonização do exercício da liberdade e da propriedade com os interesses da coletividade.

O estudo do poder de polícia permite-nos, então, afirmar que o *jus puniendi* do Estado existe em abstrato, até a violação da lei, quando então com o descumprimento da obrigação estabelecida, o direito de punir se apresenta em concreto. Portanto, da violação efetiva ou aparente surge a pretensão punitiva do Estado, que se opõe à pretensão do infrator de prosseguir livre.

Rogério Greco, ao tratar do princípio da legalidade, inicialmente declara a íntima relação que existe entre este e o conceito de Estado de Direito, já que “num verdadeiro Estado de Direito, criado com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano,

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 697.

exige-se a subordinação de todos perante a lei”⁶⁶.

Na visão de Paulo Bonavides:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-s em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a inquietude, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana [...] e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

Vale além disso afirmar, toda verdadeira democracia sustenta-se em um sistema político organizado à garantir o respeito aos direitos fundamentais assentados no texto constitucional. Os mais básicos desses direitos, que se relacionam diretamente com a tutela penal promovida pelo Estado, são inerentes ao homem. Outros, deles decorrem para assegurar sua inviolabilidade e completa realização⁶⁷.

Assim, para Herman Lott:

A liberdade que, desde seu conceito primário, mitigado necessariamente pela coexistência pacífica, até sofisticadas formulações, vincula-se, indissociavelmente, às formas possíveis de Democracia, tem sua realização máxima, embora relativa, nos modernos Estados Democráticos de Direito. Sua tutela penal se dá de forma dúplice, quase ambígua, com a proteção legal, de um lado, destinada a evitar ataques, por qualquer um, ao conjunto de direitos da pessoa, inclusive o direito de transitar livremente e, de outro lado, com a salvaguarda em face do poder punitivo do Estado.

Daí, diz-se, é o princípio da legalidade o mais importante do Direito Penal, previsto no art. 1º, do Código Penal, bem como no inciso XXXIX, do art. 5º, da Constituição

⁶⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 102.

⁶⁷ LOTT, Herman. *A lei penal e o Estado Democrático de Direito*. Uma exceção ao princípio da irretroatividade

Federal, em que não se fala em crime se não houver lei revelando-o como tal, uma vez que a lei constitui-se como única fonte do Direito Penal quando se deseja impor condutas e proibir outras, sob ameaça de sanção⁶⁸.

Em uma sociedade democrática, cresce a discussão sobre o equilíbrio necessário entre o exercício pelos órgãos de segurança pública - polícia judiciária e ostensiva - dos poderes indispensáveis para o cumprimento de suas missões constitucionais e o direito dos cidadãos de serem protegidos contra os abusos cometidos por esses órgãos no uso desses poderes.

Tendo como desígnio o interesse público, a discricionariedade não pode ser confundida com a arbitrariedade, já que a primeira conforma a liberdade de agir demarcada pela lei, enquanto a segunda comporta a ação afora da legalidade. O Brasil caracterizado por ser um Estado Democrático de direito, tem nos valores como segurança, igualdade, justiça e bem estar limitam a discricionariedade administrativa, haja vista, que se forem além desses limites, ocorrerá ilícito passível de correção pelo Judiciário.

2.2 Polícia Judiciária e sua Função Investigativa

Novamente Valter Foleto Santin, para quem a Constituição Federal foi clara ao diferenciar as funções de investigação e de cooperação, a primeira manifesta-se com o trabalho da polícia de investigação criminal e a outra, com o da polícia judiciária.

da "lex gravior". Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1753, 19 abr. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11178>. Acesso em: 01 jun. 2009.

⁶⁸ GRECO, Rogério. *Op. cit.*, p. 104.

Embora haja autores que defendam a superação da tradicional diferenciação entre polícia administrativa e polícia judiciária, uma vez mais, José Afonso da Silva⁶⁹, em linhas gerais, levando em consideração o objeto da atividade realizada, vai dizer que a administrativa tem por objeto as limitações impostas aos bens jurídicos individuais, enquanto a polícia de segurança tem por escopo a preservação da ordem pública, utilizando-se das medidas preventivas necessárias a afastar o dano ou mesmo o perigo de dano.

Celso Antônio apresenta como característica diferenciadora o cunho repressivo em contraposição ao preventivo, tipificador da polícia administrativa:

Costuma-se, mesmo, afirmar que se distingue a polícia administrativa da polícia judiciária com base no caráter preventivo da primeira e repressivo da segunda. Esta última seria a atividade desenvolvida por organismo – o da polícia de segurança – que cumularia funções próprias da polícia administrativa com a função de *reprimir* a atividade dos delinquentes através da instrução policial criminal e captura dos infratores da lei penal, atividades que qualificariam a polícia judiciária.

Adiante, conclui o referido autor, que a efetiva diferenciação entre polícia administrativa de polícia judiciária reside na ideia de que “a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica”.

A denominação *polícia judiciária* merece, nesse momento, breve consideração, face ao modelo garantista a que se propôs o sistema acusatório, já que tal designação remonta⁷⁰ à época em que as atividades da polícia estavam diretamente ligadas ao

⁶⁹ DA SILVA, José Afonso. *Op. cit.*

⁷⁰ BASTOS, Marcelo Lessa. *A Investigação nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Pública. Papel do Ministério Público. Uma Abordagem à Luz do Sistema Acusatório e do Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 98.

Poder Judiciário e que, portanto, com aquele não se coaduna.

Marco Antônio Vilas Boas⁷¹ chega a dizer que a polícia judiciária tem por atribuição o auxílio à Justiça, cabendo a ela cuidar de “todos os elementos preparatórios da lide penal”.

No entanto, como já se afirmou, a instituição Ministério Público é uma exigência do próprio processo acusatório⁷², onde as funções acusatória e julgadora não se confundem, para representar no processo o interesse punitivo do Estado, figurando “como sujeito da relação processual que com a ação se instaura”⁷³.

Ora, por esta razão, a atividade investigativa da polícia tem por fim atender necessidade do Ministério Público, qual seja, alistar todas as condições para o regular exercício da ação penal, de iniciativa pública⁷⁴. E o juiz, imperioso que se mantenha afastado das investigações prévias⁷⁵, de modo a preservar sua imparcialidade.

Paralelamente, fosse o crime de ação penal sujeito à iniciativa do ofendido, a investigação se destinaria ao próprio ofendido, que dependeria, à mesma maneira, das condições da ação para ajuizar queixa-crime⁷⁶.

⁷¹ *Processo Penal Completo – doutrina, formulários, jurisprudência e prática*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 122.

⁷² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, 2ª ed. rev. e atual, Vol. II, Campinas: Millennium, 2000, p. 35.

⁷³ *Idem. Ibidem.* p. 41.

⁷⁴ Conclui-se, portanto, que a investigação nada mais é que a atividade estatal destinada a preparar a ação penal, manifestando aí seu caráter preparatório e informativo, uma vez que objetiva levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo.

⁷⁵ KAC, Marcos. *Op. cit.*, p. 163.

⁷⁶ BASTOS, Marcelo Lessa. *Op. cit.*, p. 100.

No dizer de José Frederico Marques:

A investigação não passa do exercício do poder cautelar que o Estado exerce, através da polícia, na luta contra o crime, para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido⁷⁷.

Nos termos do art. 4º, *caput*, do Código de Processo Penal brasileiro, a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Merece destaque o termo utilizado para definir a atividade a ser realizada pelas autoridades policiais: apuração, que, no seu sentido etimológico, significa averiguar, conhecer ao certo, indagar⁷⁸. No entanto, o inquérito não é necessariamente policial, pois como dispõe o parágrafo único do art. 4º, do Código de Processo Penal, a competência da polícia não exclui a de outras autoridades administrativas que tenham competência legal para investigar.

Todavia, este estudo estará circunscrito ao inquérito policial, executado pela polícia judiciária. Dúvidas não há de que a polícia judiciária é o órgão encarregado do inquérito, porém, um dos problemas que se apresentam na atualidade é se existe efetivo controle da atividade policial pelo Ministério Público.

Importa destacar, ademais, o sistema de investigação preliminar caracteriza-se por atribuir à polícia o poder de comando sobre os atos voltados à investigar fatos e a

⁷⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, 2ª ed. rev. e atual, v. I, São Paulo: Millennium, 2004.

⁷⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2 ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

suposta autoria levados ao conhecimento da autoridade policial por meio da *notitia criminis* ou por outra fonte de informação. Nesse sentido, as notícias sobre os delitos públicos são direcionados à polícia, que determinará o caminho de investigação a ser trilhado, ou seja, produzindo as provas técnicas que entender necessárias e, para aqueles atos que importem em restrição de direitos fundamentais, deverá requerer autorização ao órgão jurisdicional⁷⁹.

A polícia, então, tem autonomia para definir as formas e os meios a empregar nos atos investigatórios, podendo, inclusive, a partir daí, afirmar-se que não existe subordinação a juízes e promotores⁸⁰.

Como já assentado, é o promotor público quem deve analisar o inquérito policial, contendo os informes sobre a infração, e então, tomar uma das seguintes providências: a) requerer o arquivamento do inquérito; b) requerer a devolução dos autos à Polícia para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia; c) requerer a extinção da punibilidade ou d) oferecer denúncia⁸¹.

⁷⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 63.

⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 57.

⁸¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*, 17 ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

3 CONTROLE EXTERNO DAS ATIVIDADES DA POLÍCIA

Antes, importa delimitar que o controle externo, aqui tratado, diz respeito, aprioristicamente, a aspectos que mantêm relação com a legalidade da atividade fim da polícia, inexistindo qualquer aparência de hierarquia entre o órgão de controle exterior e o órgão controlado. Devendo-se considerar que “um trabalho policial bem direcionado representa a garantia de eficaz apuração do ilícito penal e da elucidação (...) da respectiva autoria”⁸², intenção primeira do controle.

Nesse sentido, o inciso VII, do artigo 129, da Constituição Federal, de 1988, confiou o controle externo da atividade policial ao Ministério Público para uma fiscalização das atividades da polícia em sua missão de apurar as infrações penais⁸³, de modo a abastecer o inquérito de elementos capazes de dar arrimo à ação penal, primando sempre pela legalidade das investigações.

Vale salientar, “o inteiro cumprimento de uma imposição constitucional não se contenta com o simples desempenho formal de uma atividade, mas reclama exercício suficiente”.⁸⁴ Para o cumprimento do seu papel constitucional exige-se esforço ampliado também do Ministério Público para com a investigação criminal, pois, restou aclarado, a ele interessa diretamente o êxito do trabalho da polícia em coletar as provas. Noutras palavras, o

⁸² DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Lei 8.625, de 12.02.1993*, Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 184.

⁸³ Art. 144, § 4º, da Constituição Federal, de 1988. “*Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as Militares*”.

⁸⁴ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *O Ministério Público e o Dever Constitucional do Controle Externo da Atividade*

sucesso da ação penal tem estreita relação com a eficiência demonstrada na fase investigatória. Quanto maior o rol de indícios, circunstâncias e elementos de prova colecionados na peça inquisitorial, maior segurança terá o titular da pretensão punitiva para formar sua convicção para o arquivamento ou para a propositura da ação penal.

3.1 Colaboração permanente e compartilhamento ocasional

Tomando julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça⁸⁵, tem este último adotado posicionamento favorável na questão relativa à possibilidade de o Ministério Público desenvolver atividade investigatória, enquanto aquela Corte caminha em sentido contrário.

Não cabe, aqui, entretanto, levantar todas as razões jurídicas e extrajurídicas sobre as quais se firmam os questionamentos à legitimidade da atuação investigativa do órgão

Policial, publicado na Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, n. 12, 1997, pp. 100/102.

⁸⁵ Recurso Especial n. 331.903/DF (2001/00844503), Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 25 de maio de 2004. Ementa: RESP - PENAL E PROCESSO PENAL - PODER INVESTIGATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PROVAS ILÍCITAS - INOCORRÊNCIA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE. - A questão acerca da possibilidade do Ministério Público desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal, é tema incontroverso perante esta eg. Turma. Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da Ação é o órgão ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal. - Ora, se o inquérito é dispensável, e assim o diz expressamente o art. 39, § 5º, do CPP, e se o Ministério Público pode denunciar com base apenas nos elementos que tem, nada há que imponha a exclusividade às polícias para investigar os fatos criminosos sujeitos à ação penal pública. - A Lei Complementar n.º 75/90, em seu art. 8º, inciso IV, diz competir ao Ministério Público, para o exercício das suas atribuições institucionais, "realizar inspeções e diligências investigatórias". Compete-lhe, ainda, notificar testemunhas (inciso I), requisitar informações, exames, perícias e documentos às autoridades da Administração Pública direta e indireta (inciso II) e requisitar informações e documentos a entidades privadas (inciso IV). - Recurso provido para determinar o regular andamento da ação penal.

ministerial que visa produzir material probatório sólido para suscitar a jurisdição penal.

Basicamente, a condução de diligências investigatórias por representante do *parquet* é combatida, por dois argumentos. O primeiro deles, a partir da leitura da Constituição Federal de 1988, nega esta atribuição, uma vez que não encontra previsão no rol do artigo 129, da Carta Magna. Em assim procedendo, estaria evidenciada ofensa ao princípio do devido processo legal. O segundo argumento diz que a investigação seria monopólio da polícia judiciária, afastando o Ministério Público de atuar neste espaço, de modo que se preserve o mesmo princípio.⁸⁶ Toda esta argumentação, é de ver-se, encontra assento no método de interpretação que leva em conta, basicamente, a literalidade da norma.

É certo, pautou-se a Constituição Federal de 1988 no modelo de Estado Democrático de Direito, apontado já no artigo de abertura, para demonstrar seu posicionamento não somente quanto aos princípios e garantias inovadores que vieram confrontar os paradigmas constitucionais anteriores, mas também apresenta interpretações renovadoras de institutos preexistentes.⁸⁷

Cite-se o princípio da divisão dos poderes, que sob a perspectiva do Estado Liberal consistia em garantir a não ingerência recíproca dos poderes, passando à garantia de solidez do Estado Democrático de Direito e salvaguarda dos direitos fundamentais individuais, compreendido sob o ponto de vista do sistema do *checks and balances*, em que não se espera somente uma abstenção de interferência recíproca, mas comporta um verdadeiro

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Investigação pelo Ministério Público: argumentos contrários e a favor*. A síntese possível e necessária. Parecer disponível em: http://mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/spi_investigadireta2. Acesso em 8 out. 2009.

⁸⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, 208p.

sistema de controle e fiscalização de um poder, ou instituição, sobre outro.⁸⁸

A força normativa da Constituição Federal vai depender primariamente da atualidade de suas normas. E é nesse cenário que questões polêmicas relativas às prescrições normativas devem ser tratadas, a exemplo do controle do *Parquet* sobre as atividades-fim da polícia. Assim:

Como as Constituições na sociedade heterogênea e pluralista, repartida em classes e grupos, cujos conflitos e lutas de interesses são os mais contraditórios possíveis, não podem apresentar-se senão sob a forma de compromisso ou pacto, sendo sua estabilidade quase sempre problemática, é de convir que a metodologia clássica tinha que ser substituída ou modificada por regras interpretativas correspondentes a concepções mais dinâmicas do método de perquirição da realidade constitucional.⁸⁹

Alhures já restou explicitado que a instituição ministerial passou por profunda transformação a partir da Constituição Federal de 1988⁹⁰. Em face de tais mudanças, explica Clève⁹¹, determinadas percepções referentes às suas atribuições não são compatíveis com a perspectiva democrática da instituição. Daí por que não se deve entendê-la apartada das transformações operadas pelo ordenamento constitucional vigente.

Dúvidas não há de que o trabalho da polícia mantém ligação direta com a atribuição do Ministério Público de promover a ação penal. Deste modo, oportuno salientar

⁸⁸ WENDT, Emerson. O controle externo das atividades policiais pelo Ministério Público: interpretação do art. 129, inc. VII, da Constituição Federal de 1988, e regulamentação legal. Ótica policial. A Página do advogado. Artigos jurídicos, 2000. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/emersonwendt/controleexternopolicia.htm>. Acesso em: 07 out. 2009

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 494.

⁹⁰ As instituições não existem sem uma razão de ser, tampouco existem para si mesmas. Todas têm a sua finalidade social, às vezes até, legalmente estabelecida. Assim também é o Ministério Público, que, historicamente, sempre teve ao seu cargo a defesa do interesse público. PICOLIN, Gustavo Rodrigo. *O Inquérito Policial e a atuação do Ministério Público na Ação Penal* [online] Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=161. Acesso em 7 de outubro de 2009.

lição de Waldo Fazzio Júnior⁹² acerca desta atribuição constitucional:

[...] Com efeito, a plenitude do exercício da legitimação ativa para a ação penal pública não se satisfaz com o mero repasse de elementos probatórios ao órgão jurisdicional. O exercício material pleno da legitimação ativa na ação penal pública reclama o controle da investigação como antecedente lógico e necessário para viabilizar a dedução da pretensão punitiva. Titular é o que detém o título, é o *dominus*, sendo natural que controle os atos preparatórios, que instruirão sua postulação, tanto sob o aspecto extrínseco da legalidade como no plano substancial da eficácia e da objetividade.

Deste modo, por ser o titular exclusivo da ação penal pública, tem o Ministério Público real interesse⁹³ de que os procedimentos investigativos deságuem em elementos de convencimento aptos a demonstrar a procedência dos argumentos aventados na peça acusatória, sendo esta apenas uma das faces desse controle pelo Ministério Público.

Uma análise mais detida sobre a função acusatória do Ministério Público permite compreender que o intuito investigatório tem senão o intuito de identificar e comprovar autoria e materialidade⁹⁴, partindo de indícios de um fato típico, seja por notícia a ele diretamente confiada, seja por inquérito policial ou mesmo por investigação cível que aponte emergência de ilícito criminal.

No exercício de suas atribuições, Ministério Público e polícia judiciária se

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*

⁹² FAZZIO JR., Waldo. *O Ministério Público e o dever constitucional do controle externo da atividade policial*. Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, n. 12, 1997, p. 100-102.

⁹³ “a eficiência e respeitabilidade do trabalho policial, que constitui a base da ação penal, interessa ao Ministério Público como fiscal, também, das autoridades investigadoras, como órgão da ação penal, como responsável pela segurança, pela regularidade e pela Justiça da repressão”.

⁹⁴ Como se desprende do inciso I, do artigo 129, a Carta Magna deu ao Ministério Público, com exclusividade, a titularidade da ação penal pública e, no dizer de Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, “não seria razoável que a Constituição concedesse o direito de ação com uma mão e retirasse os meios de ajuizá-la adequadamente com a outra. Por isso, admissível que o Ministério Público possa colher os elementos de

devem complementar, em vista das suas finalidades precípua, quais sejam, a defesa da ordem jurídica democrática⁹⁵ e a preservação da ordem pública⁹⁶, respectivamente. Tais desígnios concorrem para a pacificação social, cuja efetivação reclama afluência de esforços.

Clèmerson Merlin Clève⁹⁷ vai explicar que no modelo brasileiro não persiste divisão rígida invencível entre as funções de investigação e de acusação, de modo que ambas podem ser exercidas responsavelmente por membros do Ministério Público, assim como o é no contexto de outros procedimentos investigativos promovidos por órgãos do Executivo, Legislativo ou Judiciário. É o caso do procedimento fiscal da Receita Federal para investigação de sonegação fiscal⁹⁸, das diligências do Coaf na apuração de “lavagem” de dinheiro⁹⁹, do inquérito judicial¹⁰⁰ e das diligências das Comissões Parlamentares de

convicção necessários para que sua denúncia não seja rejeitada”.

⁹⁵ Art. 127, *caput*. “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

⁹⁶ Art. 144, *caput*. “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos [...]”.

⁹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Investigação criminal e Ministério Público*. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4 – n. 16, p. 157-189 – jul./set. 2005.

⁹⁸ Lei n. 8.137, de 1990: “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; [...]

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. [...]

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V”.

⁹⁹ Lei n. 9.613, de 1998: “Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades. [...]”

§ 3º O Coaf poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas.

Art. 15. O Coaf comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito”.

¹⁰⁰ Regimento Interno do STF: “Art. 42. O Presidente responde pela polícia do Tribunal. No exercício dessa

Inquérito¹⁰¹.

Consequentemente, ao se constatar que as hipóteses de investigação preliminar não se restringem aos inquéritos policiais, pode-se afirmar que não constitui atividade exclusiva da polícia judiciária. Consiste, antes de tudo, em cooperação entre as instituições para atingir objetivo comum.

A cooperação é imperativo constitucional advindo inclusive da interpretação contemporânea do princípio da separação dos poderes, tal como leciona Konrad Hesse¹⁰²:

Objeto da divisão de poderes é, antes, positivamente uma ordem de colaboração humana, que constitui os poderes individuais, determina e limita suas competências, regula sua colaboração e, desse modo, deve conduzir à unidade do poder estatal – limitado. Essa tarefa requer não só um refreamento e equilíbrio dos fatores de poder reais, senão ela é também, sobretudo, uma questão de determinação e coordenação apropriada das funções, assim como das forças reais que se personificam nesses órgãos.

Portanto, a colaboração funda-se no atrelamento da efetividade da Constituição, dentre outros fatores, com a interpretação conforme o Estado Democrático de Direito, como já dito, dando a entender que o conteúdo normativo está sujeito às ingerências do tempo e do espaço.

atribuição pode requisitar o auxílio de outras autoridades, quando necessário.

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

Art. 45. Os inquéritos administrativos serão realizados consoante normas próprias”.

¹⁰¹ Conferir art. 58, § 3º, da Constituição Federal: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

¹⁰² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 369.

Ora, a especificação da área de atuação constitucional do Ministério Público não pode deixar de considerar certas particularidades, razão porque doutrina e jurisprudência passam a atribuir à instituição a função investigativa preliminar, para que esta decida provocar ou não a jurisdição criminal.¹⁰³ Noutras palavras, a atuação do Ministério público deve ser conjunta com a investigação policial, permitindo a eficácia da persecução pela troca de informações e possibilitando aos promotores avaliarem, desde o início dos procedimentos, as práticas mais apropriadas a cada caso concreto, contribuindo para que se evitem operações frustradas e o aumento da impunidade.

3.2 Eficácia do controle externo

Como já foi dito, o controle externo não foi especificado pelo Constituinte de 1988, de modo que coube ao legislador infraconstitucional trazer regulamentação, a partir da edição das leis orgânicas dos Ministérios Públicos da União e dos Estados da Federação.

¹⁰³ Para ilustrar, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 13.728/SP (2002/0161350-0), Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15 abr. 2004. EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGALIDADE.

1. O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da resposta penal, cuja efetividade atende a uma necessidade social.

2. Daí por que a ação penal é pública e atribuída ao Ministério Público, como uma de suas causas de existência. Deve a autoridade policial agir de ofício. Qualquer do povo pode prender em flagrante. É dever de toda e qualquer autoridade comunicar o crime de que tenha ciência no exercício de suas funções. Dispõe significativamente o artigo 144 da Constituição da República que ‘A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio’.

3. Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Policial e a sua exclusão do Ministério Público.

Tal poder investigatório, independente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana”.

No entanto, a legislação infraconstitucional mostra-se por demais acanhada¹⁰⁴, já que se abstém em detalhar o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, com instruções gerais e específicas para a melhor condução do inquérito policial, as quais estarão vinculados os agentes da polícia judiciária¹⁰⁵. Apesar disso, não pode este instituto ser completamente afastado.

Nas palavras do professor Aury Lopes¹⁰⁶:

[...] entendemos que a legislação existente sobre o chamado controle externo da atividade policial é insatisfatória e minimalista, limitando-se a definir meros instrumentos de controle da legalidade. Permanece a lacuna e não se pode afirmar que, com a atual legislação, o Ministério Público possa assumir o controle do inquérito policial.

Por ora, o termo controle vem sendo esmiuçado com mais ênfase no campo doutrinário¹⁰⁷, tal como faz Mazzilli¹⁰⁸, para quem a expressão significa:

ato de vigilância e verificação administrativa; domínio ou governo; mais especificamente, ato de fiscalização, inspeção, supervisão, exame minucioso exercido sobre as atividades de pessoas, órgãos, departamentos, como seja a própria fiscalização financeira ou orçamentária; significa ainda o próprio corpo de funcionários encarregados de velar pela observância das leis e regulamentos, notadamente em matéria financeira.

O termo “controle”, para Pedro Roberto Decomain, denota

¹⁰⁴ KAC, Marcos. *O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 159.

¹⁰⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 152.

¹⁰⁶ *Idem. ibidem*, p. 139.

¹⁰⁷ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. 2006, p. 63.

¹⁰⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 243

acompanhamento, observação, orientação e não subordinação hierárquica¹⁰⁹.

José Afonso da Silva¹¹⁰ apenas repete as regras do art. 129 da CF/88, sem, contudo, tecer qualquer comentário a respeito.

Já para Roberto Barcellos de Magalhães o Ministério Público tem a missão “de exercer o controle ‘externo’ das investigações policiais, da coleta de provas e do destino e condição dispensados aos delinquentes”, mas com a seguinte ressalva: “Não lhe cabe, porém, ingerir-se na organização interna da polícia.”

Ainda com Decomain, é justamente este controle que autoriza o acesso do Ministério Público às atividades-fim da polícia, em especial a judiciária, na medida em que para ele mesmo são voltadas, incumbindo ao órgão Ministerial verificar a ocorrência de eventuais desvios no exercício das tais atividades, em detrimento da coletividade – quando se abstém de apurar os crimes – ou mesmo de algum indivíduo, vítima de alguma forma de abuso de poder ou de autoridade, para adotar as providências necessárias à solução das irregularidades encontradas¹¹¹.

O controle externo, antes, deve ser aceito como instrumento de cooperação, na medida em que autoridade policial e Ministério Público representam atores de grande importância na persecução penal.

A atividade policial fica parcialmente prejudicada, se a condenação criminal

¹⁰⁹ *Idem. ibidem.*

¹¹⁰ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9º ed., São Paulo: Malheiros, 1992, p. 514.

¹¹¹ *Idem. ibidem.*

do infrator é impossibilitada, ao depois, por qualquer circunstância. Mas a atividade persecutória do Ministério Público, no curso da ação penal, também sofre prejuízos, se a autoridade policial não levanta desde logo, ainda que em caráter preliminar, todos os informes probatórios disponíveis sobre a ocorrência do ilícito penal.¹¹²

O sistema propagado pelo Código de Processo Penal demonstra o reconhecimento da importância da prova coletada por profissionais habilitados, funcionários públicos com presunção de legalidade e de legitimidade dos atos que praticam, submetidos a rigoroso certame público de seleção, bem como a diversas formas de controle interno e externo, este último “característica de um Estado Democrático de Direito, em que vigora o denominado princípio dos ‘pesos e contrapesos’, o qual atribui a uma instituição ou Poder estatal o dever de fiscalizar os demais, evitando-se o monopólio do poder¹¹³”.

O controle externo não deve, porém, limitar-se tão somente ao inquérito policial – figura exposta no Código de Processo Penal brasileiro, a partir do artigo 4º, que é a gênese de qualquer procedimento de investigação destinado à apuração de infrações penais e sua autoria¹¹⁴ - pois seria o mesmo que transferir à polícia a decisão de promover ou não a ação penal¹¹⁵.

A existência do procedimento investigatório, vale lembrar, instaurado pela autoridade policial de ofício, a partir de requisição do Ministério Público ou do Poder Judiciário, ou ainda, por requisição do ofendido ou seu representante, não condiciona a promoção de ação penal pública pelo Ministério Público.

¹¹² DECOMAIN, Pedro Roberto. *Op. cit.*, p. 185.

¹¹³ CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *O Ministério Público e suas investigações independentes*. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹¹⁴ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 82.

Consecutivo, diz o artigo 12, do CPP, o inquérito deverá acompanhar a denúncia ou queixa, sempre que servir de base para uma ou para outra. Infere-se da leitura desse dispositivo que o inquérito poderia mesmo ser dispensado, havendo outro elemento preliminar elucidativo suficiente a embasar o exercício da ação penal, pública ou privada. Nesse fluir, Tourinho Filho esclarece:

Se essa é a finalidade do inquérito, desde que o titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido) tenha em mãos as informações necessárias, isto é, os elementos imprescindíveis ao oferecimento de denúncia ou queixa, é evidente que o inquérito será perfeitamente dispensável. É claro que se exige o inquérito para a propositura da ação, porque, *grosso modo*, é nele que o titular da ação penal encontra elementos que o habilitam a praticar o ato instaurador da instância penal, isto é, a oferecer denúncia ou queixa. Todavia, conforme vimos, não é o inquérito necessariamente imprescindível. O próprio art. 12, do CPP, deixa bem claro esse raciocínio [...].¹¹⁶

Por certo, ainda que não haja subordinação hierárquica irrestrita entre autoridade policial e Ministério Público, existe para a primeira o “dever de atender as requisições de diligências investigatórias ou de instauração de inquérito policial” advindas deste último¹¹⁷, titular da ação penal.

Ao tratar da regulamentação normativa no tocante à função institucional, carreada pela Constituição Federal, de controle externo das atividades policiais, em especial quanto ao seu detalhamento, às Leis Orgânicas Complementares dos Ministérios Públicos da União e dos Estados coube essa reserva.

O artigo 80, da lei 8.625, de 12.03.1993, já comentada anteriormente, prevê a aplicação aos Ministérios Públicos Estaduais das regras da Lei Orgânica do Ministério

¹¹⁵ RIBEIRO, Diaulas Costa. *Dimensão Constitucional e Repercussão no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 238.

¹¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo Penal*, vol. 1, 5º ed., São Paulo: Jolovi, 1979, p. 201.

¹¹⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Op. cit.*, p. 185.

Público da União, no que for cabível. De tal modo, uma das diretrizes que pode ser aplicada subsidiariamente é a que impõe à autoridade policial fazer comunicado ao Poder Judiciário e ao Ministério Público de todas as prisões efetuadas, com o encaminhamento de cópias dos documentos que comprovem sua legalidade.

Por ora, válido analisar o voto da Ministra Jane Silva, Desembargadora convocada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em *habeas corpus*¹¹⁸, impetrado contra acórdão que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor do paciente, entendendo que a atividade de investigação pelo Ministério Público coincide com o controle externo da atividade policial, sua finalidade constitucional.

Colacionando diversos precedentes, explicita:

[...] legítima a atuação paralela do Ministério Público à atividade da polícia judiciária, na medida em que, conforme preceitua o parágrafo único, do art. 4º, do Código de Processo Penal, sua competência não exclui a de outras autoridades administrativas, a quem por lei sejam cometidas a mesma função. Ademais, o inquérito policial, por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário para a propositura da ação penal, podendo essa ser embasada em outros elementos hábeis a formar a *opinio delicti* de seu titular.

A hipótese dos autos, diz respeito ao próprio controle externo da atividade policial, uma vez que o órgão ministerial, face à notícia ilegalidade na atuação da polícia, iniciou investigação dos fatos, o que deflagrou a ação penal.

O Ministério Público, *in casu*, iniciou atos investigatórios e requereu a prisão preventiva dos acusados, policiais militares, praticando, assim, atos de controle externo da atividade policial.

Considerando que os elementos probatórios colhidos na fase investigatória

servem de supedâneo ao posterior oferecimento da denúncia, sendo o *parquet* o titular da ação penal, resta justificada sua atuação prévia, conforme súmula do Superior Tribunal de Justiça, “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia” (Súmula nº 234 do STJ).

Resta subentendido, portanto, que dentre estas finalidades e atribuições insere-se o poder da investigação criminal, compatível com a própria natureza do Ministério Público e indispensável à implementação de seus objetivos constitucionais.

Nesse sentido, a despeito de ser defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, não lhe é vedado, como titular da ação penal, proceder a investigações. Por outro lado, o inquérito policial, “por ser peça meramente informativa, não é pressuposto necessário à propositura da ação penal, podendo essa ser embasada em outros elementos hábeis a formar *opinio delicti* de seu titular. Se até o particular pode juntar peças e obter declarações, é evidente que o *Parquet* também pode”¹¹⁹

¹¹⁸ HC n. 84.266/RJ (2007/0128840-3), Rel. Min. Jane Silva, julgado em 4 out. 2007.

¹¹⁹ Recurso Especial n. 761.938/SP (2005/0101062-2), Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 4 abr. 2006.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 apresenta o República Federativa do Brasil segundo um perfil democrático de Direito, provando a correta abrangência das competências entregues aos órgãos que zelam por sua integridade.

Mesmo uma leitura literal, das funções institucionais do Ministério Público não poderia desembocar na concepção de que as atribuições ali previstas sugerem um rol cerrado. Também errôneo entender uma abertura ilimitada, já que existem restrições quanto à representação judicial e consultoria jurídica a entidades públicas, por exemplo. Sem olvidar, as funções não listadas, devem estar circunscritas à finalidade da instituição.

Mesmo a Lei Complementar n. 75, de 1993, dispondo sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, contempla expressamente autorização para a realização de inspeções e diligências investigatórias.

A atividade investigatória, por certo, tem nítida natureza preparatória do juízo de pertinência da ação penal, razão porque, sendo o titular da ação penal pública, estaria o Ministério Público apto a providenciar os elementos capazes de formar sua convicção.

Conduzida a investigação por inquérito policial ou por outro instrumento, sua finalidade se mantém. E assim, dispondo de meios apropriados e recursos adequados, a atuação do membro do Ministério Público não se restringe à atuação da polícia judiciária.

Tratou-se, aqui, dos princípios, valores e regras constitucionais para melhor definir os limites da investigação a ser também conduzida pela autoridade ministerial. Afinal, a apuração dos ilícitos penais, antes de ser atribuição exclusiva deste ou daquele órgão, é

matéria de interesse coletivo que deve ser eficazmente concretizado.

A investigação preliminar deve servir como filtro, por onde somente passam ao plano processual as condutas evidentemente típicas. Esse filtro garante aos cidadãos a não propositura de ações penais descabidas e ao sistema judicial assegura que os recursos e esforços não serão desperdiçados em processos prejudicados desde o seu início.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Ministério Público: posição constitucional: conceito. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 436, 1972.

ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; DA SILVA, José Antônio Franco. Funções Institucionais do Ministério Público. São Paulo: Saraiva, 2001.

AZEVEDO, Eurico de Andrade *in* MAZZILLI, Hugo Nigro, Manual do Promotor de Justiça, São Paulo: Saraiva, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. Investigação pelo Ministério Público: argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer disponível em: http://mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/spi_investigadireta2. Acesso em 8 out. 2009.

BASTOS, Marcelo Lessa. A Investigação nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Pública. Papel do Ministério Público. Uma Abordagem à Luz do Sistema Acusatório e do Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. Dicionário de política. 5. ed Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

BONATO, Gilson. Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 14 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 494.

BRASÍLIA. LEI N.º 8.625, de 12.02.1993, Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.

BRASÍLIA. LEI Nº 9.613, de 03.03.98. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

BRASÍLIA. LEI Nº. 8.137, de 27.12.90. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

BULOS, Uadi Lammêgo, Curso de Direito Constitucional, 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Estado de Direito, Gradiva, 1999.

CAPEZ, Fernando, Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 148-149.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, parte geral. v. 1., 11º ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. O Ministério Público e suas investigações independentes. São Paulo: Malheiros, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. O relacionamento entre o Ministério Público e a polícia judiciária no processo penal acusatório. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=24 Acesso em: 7 out. 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Investigação criminal e Ministério Público. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4 – n. 16, p. 157-189 – jul./set. 2005.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 5.10.1988.

CRETELLA JUNIOR, José, Comentários à Constituição de 1988, São Paulo: Forense, 2008.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 9º ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição e constituinte.

_____. Elementos de Teoria Geral do Estado.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>. Acesso em 7 out. 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Lei 8.625, de 12.02.1993, Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. O Ministério Público e o Dever Constitucional do Controle Externo da Atividade Policial, publicado na Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, n. 12, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 2 ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 5 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GUASQUE, Luiz Fabião. O Ministério Público e o Controle da Atividade Policial, publicado na Revista de Direito do Rio de Janeiro, n. 3, 1996.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. 2006.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JESUS, Damásio E. de. Poderes investigatórios do Ministério Público . Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1662, 19 jan. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10865>. Acesso em: 16 abr. 2009.

KAC, Marcos. O Ministério Público na Investigação Penal Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LAFAVE, W. R., *Arrest. The Decision to Take a Suspect into Custody*. Boston: Little, Brown, 1965.

LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPES JÚNIOR., Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júri, 2003.

LOTT, Herman. *A lei penal e o Estado Democrático de Direito*. Uma exceção ao princípio da irretroatividade da "lex gravior". Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1753, 19 abr. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11178>. Acesso em: 01 jun. 2009.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, *in* Projeto Memória, ano I, n.º 1, Publicação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Os Artigos Federalistas 1787-1788, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.

MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo I, v. b. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, 2ª ed. rev. e atual, v. I, São Paulo: Millennium, 2004.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 2ª ed. atual, vol. II, São Paulo: Millennium.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2005.

_____. Ministério Público. 3ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

_____. O Ministério Público na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 34 ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14 ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO de, Suana Guarani. O Papel da Polícia [online] Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/artigos/o-papel-da-policia>. Acesso em 6 de out. 2009.

MONTESQUIEU, Barão de. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª ed. Atlas: São Paulo. 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PAES, José Eduardo Sabo, O Ministério Público na Construção do Estado Democrático de Direito. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 2ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: *Impetus*, 2008.

PICOLIN, Gustavo Rodrigo. O Inquérito Policial e a atuação do Ministério Público na Ação Penal. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=161. Acesso em 7 out. 2009.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Da Organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais, 2.ed. Rio de Janeiro, 2003.

RANELLETI, Oreste. Istituzioni di Diritto Pubblico. Milão: Giuffrè, 1ªed, 1948.

Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Atualizado até agosto de 2009 – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas.,Brasília: STF, 2009.

RIBEIRO, Diaulas. Ministério Público: Dimensão Constitucional e Repercussão no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

SABELLA, Walter Paulo. Atividade Policial: Controle Externo pelo Ministério Público, publicado na Revista Justitia do Ministério Público do Estado de São Paulo, vol. 154, 1991.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 84.266/RJ, Relatora: Jane Silva, Brasília, DF, 4 out. 07., DJ 22.10.07, p. 336.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 331.903/DF. Relator: Jorge Scartezzini, Brasília, DF, 25 mai. 04, DJ 01.07.2004, p. 248.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 761.938/SP, Relator: Gilson Dipp, Brasília, DF, 4 abr. 06., DJ 08.05.06, p. 282.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Ordinário em Habeas Corpus Nº. 13.728/SP, Relator: Hamilton Carvalhido, Brasília, DF, 15 abr. 04, DJ 21.06.04, p. 255.

TÁCITO, Caio. Revista Direito, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, jul./dez., 2001.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Processo Penal, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 21 ed., 1999.

VIEIRA, Felipe. Comentários à Constituição, 3ª ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2007.

VILAS BOAS, Marco Antônio. Processo Penal Completo – doutrina, formulários, jurisprudência e prática. São Paulo: Saraiva, 2001.

WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva, 4. ed, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

WENDT, Emerson. *O controle externo das atividades policiais pelo Ministério Público: interpretação do art. 129, inc. VII, da Constituição Federal de 1988, e regulamentação legal. Ótica policial. A Página do advogado. Artigos jurídicos, 2000. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/emersonwendt/controleexternopolicia.htm>. Acesso em: 07 out. 2009.*